



法律方法文丛
Legal Method Library

司法三段论的结构

The Structure of Judicial Syllogism

张其山 / 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS



法律方法文丛
Legal Method Library

司法三段论的结构

The Structure of Judicial Syllogism



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

司法三段论的结构/张其山著. —北京:北京大学出版社,2010.6
(法律方法文丛)

ISBN 978 - 7 - 301 - 17342 - 8

I. ①司… II. ①张… III. ①司法 - 理论研究 IV. ①D916

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 107387 号

书 名: 司法三段论的结构

著作责任者: 张其山 著

责任编辑: 谢海燕

标准书号: ISBN 978 - 7 - 301 - 17342 - 8/D · 2624

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址: <http://www.pup.cn> 电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

出版部 62754962

印 刷 者: 北京宏伟双华印刷有限公司

经 销 者: 新华书店

965 毫米 × 1300 毫米 16 开本 12 印张 201 千字

2010 年 6 月第 1 版 2010 年 6 月第 1 次印刷

定 价: 26.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010 - 62752024 电子邮箱: fd@pup.pku.edu.cn

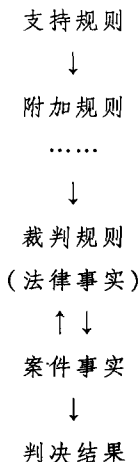
序

自 19 世纪概念法学发展到极致以来,作为概念法学的核心内涵的司法三段论就受到有力的批判,其中最为出名的是霍姆斯的一句名言:“法律的生命从来就不是逻辑,而是经验”。不过,这种批判乃出于对传统法律实证主义和形式主义本能的反叛,缺乏论证的系统性和严密性。更重要的是,这种理论只“破”不“立”的一般立场容易威胁乃至颠覆近代法治的根基。到了当代,西方法理学特别是 20 世纪 60 年代以来法律解释和法律论证理论兴起之后,学者们对司法三段论的批评不仅从理论上全面省思了司法三段论的利弊得失,而且提出若干解救其弊的理论策略,从而在一个更高的层次上完善了法律适用理论。

然而,这些理论研究并未使法官判决过程变得简单。它们试图以某种形式规则或实质标准来替代司法三段论,然而这些努力只是在构建理想的辩论模型,而没有考虑如何为法官判决提供一个清楚的判决过程的指引。通过两大法系及我国司法实践的考查,我们发现,司法实践中决定法官判决的思维技术仍然是司法三段论。抛弃了三段论,也就抛弃了司法判决赖以存在的形式基础。在批判的热潮中,我们也看到一些法学家依然对涵摄三段论持肯定立场,如德国学者普维庭、拉伦茨等。就我国而言,法律方法的研究仍处于初级的引介阶段,甚至连何谓法律方法都存在着不同的理解。理论研究过程中引进的诸如可接受性、听众等理论除了因翻译原因造成的生僻外,在司法实践中也没有找到自己的土壤,这不但没有对司法过程起到良好的作用,反而使法官感到迷惑不解,很多法官抱怨“你不说我倒还明白,你越说我越糊涂”。另一方面,传统的司法三段论的思维模式的确存在着如其批判者所指出的那些理论和实践难题。因此,司法三段论不是被抛弃,而是转化为在何种程度、何种方式上被重新阐述,以适合我国司法判决的实践情况。大致的思路是,必须是将司法三段论恢复到普通三段论的原有功能和结构上去,并以其作为法官判决的结构或程式的

描述。

那么作为法官判决模式的司法三段论到底应该是一种什么样的结构？受山下正男对“法律事实”是漂浮在事实世界的诺亚方舟的隐喻的启发，我在本书中重构了一种司法三段论的结构，并试图用它来描述法官判决的过程：



与传统的司法三段论不同之处在于：首先，它将原来的司法三段论的核心问题——作为大前提的法律规范的发现和解释问题转化为裁判规则的如何得出与证立。我所言称的裁判规则与米勒和埃塞尔都有所不同，它不是指法律规则也不是指个案规则，而是法官直接用于裁判的依据。判决的作出就不仅仅是法官简单适用法律规范的过程，而是与法官对法律规范和案件事实进行分析、衡量、判断等司法裁量活动联系在一起，这就克服了原来司法三段论机械僵化的结构，凸显了法官作为裁判者的主体地位。换句话说，传统的司法三段论强调法律规范，而本书重构的司法三段论的核心则是裁判规则。其区别在于，前者强调如何裁判，而后者强调应该如何裁判。

其次，该司法三段论的结构是一个开放的体系。其开放性在于用以支持裁判规则的支持规则是开放的。支持规则可以是一个上位的法理论、原则、规则，也可以是较低层级的被人们认同的解决方案，也即孙斯坦所称的“未完全理论化协议”。支持规则对裁判规则的支持并非依据其强制力，而是依靠认同。因此，该司法三段论的结构不需要首先假定一个完美无缺的法律规则体系。如果它有一个限度的话，那就是受到该宪政体系的制约，英美法系表现为合宪性审查，而大陆法系一般被认为不得违反制定法的规定。然而，由于对宪法和制定

法的解释很大程度上也是以价值认同作为判断的标准,这事实上使得宪政体系下的司法三段论也具有非常灵活的运用空间。

再次,在司法三段论的第二阶段,也即小前提的涵摄过程,以上的结构也与传统的司法三段论迥乎不同。传统的司法三段论只是将案件事实看成是法律规范中规定的要件事实的涵摄,这是一个单向的寻法过程。而在本书重构的司法三段论的结构中,从法律事实到案件事实则是一个“目光不断流转”的双向过程。这首先仍然涉及到思维方式的转换,由概念化思维向类型化思维转变。这意味着,单纯的要件比对不可能反映出法律的生命,必须从整体意义上把握体现在事物之上的法律意义。而要从整体意义上把握案件事实的法律意义,就必须不断地在法律规定与案件事实之间权衡。要件事实规范了案件事实的思维方向,同时案件事实也在不断丰富了要件事实的内涵。或许正是在这个意义上,才真正体现霍姆斯名言的基本精神。

从以上的描述中可以看出,本书对司法三段论的结构重建并非完全地将其恢复到普通三段论的经典结构上去。就亚氏三段论本义而言,它所关心的是大前提和小前提之间是否具有涵摄关系,只要这种关系存在,就可以依据三段论的推理必然地得出结论。而本书所提供的结构则更像一个过程描述。它将作为程式化的语言为判决的证成和作出提供一个预测,制约并检测着法官的判决活动。从这个意义上讲,本书对司法三段论的结构的论述不仅是描述性的,而且是评价性的。

细心的读者可能早已发现,这篇冠之以“序”的序言不是在介绍本书的写作缘起,而更像是内容提要。表面的原因是因为本书的写作动机比较简单。本书是在我的博士毕业论文的基础上修改而成。最初选取的研究题目是《法律论证理论研究》,然而这一宏大的题目让我无所适从。后来逐渐发现备受法律论证理论批判的司法三段论并非一无是处,相反,其结构化的语言体系和思维技术对于我国的法官裁判依然起到支配性的作用,倘若放弃司法三段论而全面转向法律论证,则会使我国的司法实践陷入混乱和迷茫。基于此,才产生了重建司法三段论结构的想法。进一步的研究表明法律论证理论并非对立司法三段论,而对于司法三段论的批评显然存在着形式主义的谬误,于是才最终形成借鉴法律论证理论重建司法三段论理论体系的观点。也正因为如此,熟悉法律论证理论的读者对于本书的论述不会感到陌生。如同陈爱娥在其翻译的拉伦茨的《法学方法论》的序言中所言,经典学术著作是不需要导读的,当然更不需要

有个内容摘要来介绍作者的观点。之所以花上很多的篇幅来介绍本书的基本观点,其深层的原因唯恐就是作者害怕自己的意思不能明确表达。本人自知生性驽钝,书中难免有谬误之处,希望各位读者不吝指正。

张其山

2008年8月1日于威海

目 录

导 言 为何要重构司法三段论? /001

第一章 作为判决结构的司法三段论 /011

第一节 大陆法系的判决模式 /013

第二节 英美法系的判决模式 /023

第三节 我国的判决结构 /033

第二章 司法三段论的理论检讨 /041

第一节 从普通三段论到司法三段论 /043

第二节 逻辑学家的努力:司法三段论的形式化 /050

第三节 法学家的努力:司法三段论的规范化 /059

第四节 批评与回应:重建司法三段论的思维模式 /067

第五节 司法三段论的结构模型 /092

第三章 司法三段论的结构重建 /103

第一节 裁判规则的创立 /105

第二节 从案件事实到法律事实 /149

第三节 判决的得出 /168

参考文献 /181

后记 /185

导 言



为何要重构司法三段论？

长期以来,司法三段论一直被当着我国法官判决的思维方式。法官在面对案件时,先是找出既存的法律规则,然而按照法律规则规定的要件按图索骥,从案件中抽取与法律规则中的构成要件相匹配的要件事实,如果对上,法官就会按照司法三段论的涵摄关系自然而然地得出判决。在这种情况下,判决往往被简化为两个问题,一是法律规则的发现,二是案件事实的涵摄。法律规则发现的前提是存有一个完美无缺的法律规则体系,因此在过去的几十年里,大规模的立法成为立法机关的主要任务和学者们研究的主要内容。到目前为止,除民法典外,基本的法典体系已经建立^①;案件事实的涵摄就是将案件事实描述为法律规则所规定的要件事实。这主要是证据法所要解决的问题,目前的研究集中于证据规则的建构与完善等方面。另外,从长远看,“除了法官的人格外”,“没有其他东西可以保证实现正义”。^② 如何通过法官制度的建构来约束法官也就成为司法改革中的又一重大目标。

司法三段论最大的优点就是给人以形式的安定性。只要秉持同一法律规则,就可以保证相同的案件得到相同的处理。然而事实并非如此。纵观我国司法实践中许多相同或相似案件判决结果的不一致,甚至相反,已经使判决变得不可预测。例如,臭名昭著的“还本销售”早在1994年10月就被国内贸易部明令禁止,但其遗留的历史问题在一些地方至今仍难了断。在深圳和宝鸡,消费者购买的同样是“还本销售”的空调,而两地法院的判决却大相径庭。深圳的法院所作出的一审、二审判决都要求实施“还本销售”的公司必须如约给消费者还本,并且,如果其无力偿还,则为其提供担保的公司必须承担赔偿责任。而宝鸡的法院却作出了与此相反的判决。^③

早年的葛锐打假案则更为典型,同一地方的不同法院对同一类型案件的判决结果迥异:号称市场打假“三剑客”之一的葛锐,先后在郑州市三个区的三家药店购买了同一种治疗性病的假药,然后又分别在这三个区的法院起诉三家药店,要求索赔,结果判决各异。管城区法院判决认为:原告不是以生活为目的购买商品,故驳回诉讼请求。中原区法院认为:原告不能提供证据证明其购药行为是为了治病,因此原告与被告之间的民事行为无效。判决被告返还原告货

^① 虽然统一的民法典还未制订,但各种单行的民事法律事实上已经部分地承担了民法典的作用,如合同法、物权法等。

^② [美]本杰明·卡多佐:《司法过程的性质》,苏力译,商务印书馆2003年版,第6页。

^③ 杜卫东:《还本销售的两种判决——部门规章可以成为商家撕毁合同的依据?》,载《南方周末》2001年3月15日第9版。

款,原告返还被告的商品。鉴于商品是假货,法院予以没收。邙山区法院的判决书则认为:原告提供的证据不足以证明被告销售的商品是假药,故驳回原告的诉讼请求。这三个案件的案情一样,原告提供的证据一样,然而三家法院却得到三种不同的判决结果。^①

单从判决书上看,这些不同的判决都是以司法三段论的形式宣称的,每种判决看上去都好像是“依法”作出的。然而这只是判决书的给我们的表面现象。如果仔细地考察一下法官审判的过程,我们就会发现,在很多情况下案件的不同并非是司法三段论运用的结果。在形式上我国法官倾向于大陆法系演绎三段论的思维方式,而在现实中却又尽显普通法系的法官的衡平的思维方式。较之更为灵活的是,虽然我国在法律规范上已经逐步完善,但这些法律规范与判决结果并不必然的结合到一起。有时,法官为某种道义或者政策上的需要,会故意改变法律的规定。比如对于某些刑事犯罪,法官会简单地以民愤极大——而不是主动地解释法律规范规定严重的社会危害性作出判决。^②

在绝大部分的民事审判领域,这种判决结果与法律规范的现象脱节更为严重。从“以上事实清楚,证据确实充分,足以认定”、“根据……法第……条的规定,判决如下……”的判决书的言语中,我们很难解读出法律规范与案件事实再到判决结果之间的关系。但这并不妨碍案件纠纷的解决,就个案的审判来说,法官已经在审判过程中不断地了解双方当事人真正的争点之所在,通过规劝、引导的方法说服教育当事人,促进双方当事人的和解。法官所关注的是案件的解决,而不是法律的适用,最终的判决结果实际上是一个依据法律规定不得不宣布的形式结果,而真正的判决理由并未在其中体现。

比如在葛锐打假案中,管城区的法院的态度是最为明确的,法官对《消费者权益保护法》的适用范围作了严格的文意解释,即《消费者权益保护法》第2条所规定的“消费者为生活消费需要购买、使用商品或者接受服务,其权益受本法保护”,对葛锐来说,无论是以高尚的维护市场秩序目的还是单纯的获利行为,都不是消费,因而对葛锐的诉求不予支持;中原区法院则从相反的方面说明葛

① 涂晓、张旗:《“先例判决”挑战“合法的不公”——郑州市中原区法院实行“先例判决”制度述评》,载《人民日报》2002年9月11日第13版。

② 当然,民愤极大也是严重社会危害性的一种表现,但民愤代表的是一种情感,而不是制度的理性,所以依“民愤极大”进行判决实际上是以单纯的社会情绪来替代法律的制度理性,严格说来,这种判决是一种“非法”的判决,因为它没有在判决中体现法的精神。

锐的购药行为不是为了治病,莫名其妙地得出法律行为无效的判决结果^①,从而逃避了对葛锐买假行为是否受《消费者权益保护法》“双倍返还”条款的规制的判断;而邛山区法院的做法更为妥协,它声称葛锐不能证明其所购买的商品为假货,从而采用证据法上的技术手段回避了对消费者权益保护法第2条的检视。其实,三个法院的判决都是遵循了同一个判决理由,即认为葛锐的打假行为可能会导致对市场管理秩序的扰乱,基于此,三个法院都对葛锐的行为作了否定性的评价。然而,这一判断是没有经过证成的,法院也懒得证成这一判断的正确性,它只是法官的一种直观的法律感。这种法律感被法官故意地隐藏在传统司法三段论的形式逻辑之后,却实际地支配着判决的作出。它与我国传统的诉讼观念契合在一起,所造成的影响也未受到人们的过分关注。^②

然而,随着我国法治进程的深入,法官对审判的实际运作越来越引起人们的担心。法官根据自己的法律感进行判决,事实上是法官个人气质的再现,或者说判决的结果取决于法官的“先见”。正如威廉·詹姆士在他的《实用主义》一书中描述:“一个专业的哲学家不论他有哪种气质,他进行哲学思考时常要把他那气质的事实隐蔽起来。我们在习惯上不承认气质是理由,所以哲学家为自己的结论辩护时,只是极力提出一些与个人无关的理由。其实他的气质给他造成的偏见,比他那任何比较严格的客观前提所造成的要强烈的多。”^③这样的理解让人感到非常不安,因为法官的法律感常常是由法官的知识、出身、教育等因素所引致的个人品性联系在一起。如果判决与法官的法律感联系在一起,而不是一些客观的或外在的标准,就会使整个法学衰退为德国人称之为“情感法学”——一种仅仅是情感或感觉的法学。

如何克服法官根据法律感进行判决?我国司法实践中出现的判决结果的不一致不是司法三段论的弊端造成,而恰恰是司法三段论的空置,因此最为简

① 无效的效果只有在当事人的法律行为违背了法律禁止性的规定或公序良俗原则时才得以展现。或许法官是要说葛锐主动购买假药的行为不符合了消费者权益保护法所规定的“以消费为目的”的法律要件,但这也只能得出不受消费者权益保护法调整的结论,并不能认定消费者权益保护法禁止葛锐的买假获利行为。

② 它所产生的影响没有西方国家那么严重,是因为我国传统的诉讼观的影响,法官侧重的是纠纷的解决,而不是一清二白的权利义务的分配,而我民众传统的情动性也认可了这种审判模式,马锡武的审判方式直到现在还在基层法院的法庭里重复着。另外,法律仅仅要求法官判决要“以事实为依据、以法律为准绳”,对法官如何理性地证成他的判决却未作具体的要求,这导致了我国司法判决书的形式化、公式化。

③ [美]威廉·詹姆士:《实用主义》,陈羽纶、孙瑞禾译,商务印书馆1997年版,第7页。

单的方法就是回到司法三段论上,使法官严格根据既存的法律规则进行判决。原则上,只要依据相同的法律规则进行判决,就会得出相同的结论。然而这一理论假设并不可靠。从结构上看,司法三段论的实质在于预置一个完美无缺的法律体系,然后由法官根据该体系的指引从中发现一个能够适用于当前案件的法律规则,最后利用三段论的涵摄将发现的法律规范适用到当前的案件之上,最终得出“正确”裁决结果的思维过程。其至少存在以下三个特征:其一,存在着一个完整无缺的法律体系,或者利用理性的指引人们可以建立这样一个法律体系;其二,法官判决的最终效力来源于一个明确无歧义的客观真理,由于这个客观真理的存在,决定着判决结果的“唯一正确得出”;其三,为了防止法官依个人法感和价值承认裁决案件,因此将价值判断从法官裁决的过程中加以排除,也即将应然和实然、规范(价值)与事实二分。这些一度被看成正确的因素,在今天看来正好成为司法三段论的思维结构遭到反对的理由。^①

正因为司法三段论理论本身存在着致命的缺陷,几乎在司法三段论理论走向鼎盛的同时,反对司法三段论的理论也开始形成,特别是19世纪末霍姆斯对逻辑和三段论的颠覆以及20世纪60年代以来法律论证理论研究的兴起。所有对司法三段论的批评都可以归到被称为形式主义的谬误上。在批评者看来,司法三段论无视法律规范体系的不完备性以及事实涵摄的困难,将司法审判看成是绝对一致的演绎推理,因而犯了形式主义的谬误。这一批评既是针对法学家和立法者,也是针对法官。对于主张司法三段论的法学家和立法者来说,司法三段论的演绎证成必须存在一个包容一切的法律规范体系,法律适用只不过是案件涵摄于法律规范。正因为如此,无论是法学家还是立法者,都将精力放在

^① 首先,法律规范体系并非完美无缺。虽经普赫塔、哈特、德沃金等法学巨匠的不懈努力,法律体系的完备性依然是一个“高贵的梦”。从查士丁尼编纂《国法大全》开始,一直到19世纪末的大立法运动,都在证明这样一个事实:试图通过人的理性来创造一个完美无缺的规范体系是不可能的。司法三段论只是让法官将法律规范适用到具体案件,但它没有说明,当规范沉默或矛盾时,法官该如何完成他的判决。其次,法学乃至整个社会科学并非与自然科学有着类似的思维结构,而是一种“反自然的选择”。很大程度上,它不是一个真理探知的过程,而是一个寻求价值认同的过程。在法学领域,任何所谓的客观真理都将会遭到“为什么”的无穷追问而陷入阿尔伯特所称的“明希豪森—三重困境”。尽管大家非常努力,直到今天,法学家们还未做到发现所谓的客观真理,并将它与“本性”——人类的本性,或者事物的本性连结起来。这使得法学研究的成果与自然科学乃至其他社会科学相比起来要暗淡的多。最后,司法三段论的最大诟病被指责为将事实与价值二分。从休谟以来,人们就开始质疑这种事实与价值两分的思维范式的正确性,而千百年来的司法实践证明,任何判决作出的过程事实上都是价值判断的过程,试图将价值判断从事实认定中分离出去是不可能的。

建立一个完美法律体系上去,这其中包括司法三段论形式化与规范化努力。然而,无论是理论构建还是立法实践,这一努力都不十分成功,这实际上导致了很多情况下司法三段论的演绎不能。对于法官的批评是,法官犯了形式主义者的错误,过分地依赖于逻辑,走向了“枯燥的逻辑极端”,最终成为机械装置或“自动售货机”。^①因此,从19世纪司法三段论走向极致以来,许多学者都试图找寻一些其他的形式规则和实质标准来替代司法三段论的思维方式。

然而,就亚氏的经典三段论本义而言,它所关心的是大前提和小前提之间是否具有涵摄关系,只要这种关系存在,就可以依据三段论的推理必然地得出结论。以此比对司法三段论,我们会发现,作为一种思维技术范式,至少两个问题不应属于三段论的内容:其一,作为大前提的法律体系是否完备,其二,从案件事实到法律事实,都能涵摄地得出。那么,这两部分内容是如何进入司法三段论的结构并成为其内核的呢?冯文生给我们描述了从普通三段论到司法三段论的进程。^②从描述中可以看出,是近代法治思想促成了司法三段论的最终形成,将立法过程与司法过程严格区分,由代表民意的议会制定法律规范,而法官则只能按到法律规定进行判决,而不允许进行创造和解释。以此理解为基础,司法三段论就必然要求首先存在一个完备的法律规范体系为法官判决作出指引,并拘束着法官判决的作出。可以看出,从普通三段论到司法三段论的演变过程中,司法三段论本身被“意识形态化”了。

那么谁是应当为法官是“自动售货的机器”这种观念承担责任的坏蛋呢?哈特发出这样的质问。在他看来,“真正应为此承担责任的是像布莱克斯通这样的思想家,更早一些的话,这笔账可以算到孟德斯鸠的头上。这种谬误的根源在于对孟德斯鸠分权思想的偏信,对布莱克斯通的法官只能够‘发现’法律,而绝不能‘制定’法律的‘幼稚幻想’的盲从。”哈特接着说,“逻辑本身并不对条文规定解释:它不对任何措辞作出或是愚蠢或是机智的说明。逻辑只是告诉你:在给定的前提下,如果你对某条款作出某种解释,那么将会得到某种结论。至于司法裁决的核心,即如何对具体情形进行分类,逻辑则保持沉默。因此所谓的依照逻辑或逻辑的极端情形只是一个不当的措辞,它掩盖了事情的真正本质。”^③

① Hynes v. New York Cent. R. R., 231 N. Y. 229, 235, 131 N. E. 898, 900 (1921); see Pound, Interpretations of Legal History 123 (2th ed. 1930).

② 冯文生:《推理与诠释——民事司法技术范式研究》,法律出版社2005年版,第34—59页。

③ [英]哈特:《实证主义与法律和道德的分离》,载《环球法律评论》,2001(夏季号),(秋季号)。

论述至此,我们可以得出这样的结论:目前对司法三段论的理解将本不属于三段论的内容给强加进去,这是基于对三段论的错误理解。这种错误理解又导致了批评者对司法三段论的错误批评。司法三段论自身的错误并不导致对司法三段论基本结构的背离。无需强调,司法三段论一直为法律世界的存在和运行提供着思维技术的支持。抛弃了三段论,也就抛弃了司法判决赖以存在的形式基础。有足够的证据显示,法官的判决,由于违背了思维规律,背离了司法三段论的逻辑规则,便产生了可上诉性。因此,司法三段论的问题便转化为在何种程度、何种方式上被重构。大致的思路是,必须是将司法三段论恢复到普通三段论的原有功能和结构上去,并且针对批评者的批评重构司法三段论。

本书也是旨在通过重构司法三段论的结构来克服传统司法三段论理论的本质缺陷,并借助法律论证理论的研究成果,对法官的判决过程进行描述和评价。在本书的序言中,我已经花了很大篇幅来介绍本书所重构的司法三段论的结构。可以看出,重构的司法三段论其实已经异化为一种“三段式”的模式刻画,它并不是作为直言推理形式来用的,而是借助三段论的一般形式来描述法官判决证立和作出的过程。“法学三段论”一语经常被用于那种不是三段论的论述,用作表示形式有效推理的一般术语。从图尔敏所创立的判决证立模型中,事实上也可以看到一种被强化的司法三段论的结构。

这一描述十分有益。首先它将在各个阶段的证立借助传统意义上的司法三段论的大致结构安排得以衔接,从而保证判决证立体系的一致性;而相互矛盾的价值论证也会在清楚的过程描述中得以显露,从而保证价值的融贯性。如果单从司法三段论的描述性价值来说,它不过是作为一种思维技术而被法律人加以利用,它为判决提供了基本结构和程式。没有它,所有的判决都无法得出,因此,很大程度上,司法三段论是描述性的。司法三段论本身所遭至的批评,是现代实证法主义者将司法三段论推向极致的结果。自霍布斯以来,司法三段论就被认为是判决得出和评价的唯一工具,判决的过程也被简化为根据司法三段论找寻现成答案的过程。毫无疑问,实证主义法学家犯了一个致命的错误,他们扩大了司法三段论作为判决结构和程式的作用,而将其看成是评价判决内容正当性的唯一方法。而批评者将这些本不属于司法三段论的错误全都归结到三段论本身。

其次,它提供一种适合我国司法实践的过程描述。两个世纪前,霍姆斯在其著名的演讲《法律的道路》中讲到:“当我们在研究法律的时候,我们不是在

研究一个神秘莫测的事物,而是在研究一行众所周知的职业……我们研究的目标就是预测,预测在什么情况下公共权力通过法庭起作用……法律思想中的每一个新努力,其最重要的以及差不多全部的含义在于含这些预言更为精确,而且归纳进一个完全相互联系的体系中。”^①国外的法律论证的研究只是给我们提供了一种虚拟的对话式的“理性商谈结构”,为了证立所使用的概念,如“主体间性”、“听众”、“普遍化”、“可接受性”等使得本来十分普遍的审判活动显得更加的神秘和陌生。“在法治被推到极致的时候,会带来一种常识性的理念与大众思维方式的死亡,就是说如果法律与大众思维完全隔开,法律实际上也就枯竭了,死掉了,成为一套完全不为大众所理解的少数人行话。”^②目前对法律论证的研究就带有这种倾向。而本书的目的就是要通过重构大众所知的司法三段论的结构,来描述判决证立的过程以及所要达到的标准,从而使论证理论变得更容易理解。一方面,它保留了传统司法三段论的基本框架,不至于使我国的法官在各种高深莫测的逻辑理论和论证理论中无所适从,另一方面,它又引入了现代逻辑和法律论证理论的内容,试图从根本上克服司法三段论的弊端。通过判决过程的描述,将使法官以及其他法律人更清楚地认识到判决到底是如何做出的,

最后,本书想要通过统一的证立结构来描述简单案件与复杂案件,这更符合司法实践的判决证立的自然表征。一般的法律论证理论都是建立在哈特首创的“简单案件”和“复杂案件”的划分上,“简单案件”解决的是一个“规则命题”,所以仅依靠司法三段论就能证立,而“复杂案件”是一个“社会命题”,需要一套特殊的证立规则。然而这只是一理论假设,司法实践中“简单案件”和“复杂案件”的证立的差别并非如此显著。当法官在面对一个案件,无论案件复杂与否,或者有没有直接的明确的审理依据,他都要对所有可供利用的资料进行审查,最终依据一个可普遍化的理由作出他的判决,因此,无论是简单案件还是复杂案件,其证立的结构和过程是一致的,评价的标准也是一致的,只不过复杂案件的证立更难以得到一些。从本质上看,简单案件中的“规则命题”也是依据一个被承认的“社会命题”到以支持,因此,可以说所有的案件都有赖于对“社会命题”的判断,当一个简单案件被支持的社会命题发生改变时,简单案件

^① Oliver Wendell Holmes, Jr., “The Path of the Law”, *Harvard Law Review* 10 (1897).

^② 普罗塔哥拉:《法学方法论与法律逻辑》,引自:<http://202.116.73.224/bbs/cgi-bin/topic.cgi?forum=10&topic=84&show=25>。